(Separatabdruck aus der von Prof. Grünhut herausgegebenen Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart. XIII. Band.)

Römische Rechtsgeschichte.

Von Otto Karlowa, Professor an der Universität Heidelberg. In zwei Bänden. Erster Band. Staatsrecht und Rechtsquellen. Leipzig, Verlag von Veit & Comp. 1885. (IV und 1031 S.)

Dieses umfassende, mit einem sehr grossen Fleisse und besonderem Scharfsinn ausgearbeitete Werk wird wohl von allen Rechtshistorikern, insbesondere von jenen, die sich mit dem römischen Recht beschäftigen, mit warmer und aufrichtiger Freude begrüsst worden sein. Verfasser beabsichtigt damit „den Sinn für das Studium des römischen Staatsrechts unter den Juristen, namentlich unter der heranwachsenden Generation derselben, zu beleben“ und wir glauben, er hat mit diesen Worten einem wahren Bedürfnisse der Gegenwart Ausdruck gegeben. Vergleicht man nämlich die meisten heutigen Handbücher über Geschichte und Institutionen des römischen Rechtes mit den älteren, vor einem halben Jahrhunderte erschienenen, so wird man zugestehen müssen, dass die staatsrechtliche Seite in den ersteren viel weniger berücksichtigt erscheint, als in den letzteren, ein Umstand, der auf das Studium des römischen Rechtes, insbesondere unter der Jugend, nachtheilig zurückwirken muss. Freilich hat heute der Lehrende sowie der Lernende bei der sog. inneren römischen Rechtsgeschichte einen so reichen Stoff zu bewältigen, insbesondere bietet ihm das Studium des römischen Civilprocesses eine solche Menge des Interessanten, für das Verständniss des materiellen Rechtes Nothwendigen dar, dass er bestrebt ist, mit den staatsrechtlichen Institutionen so schnell als möglich fertig zu werden und dass er auch der Geschichte der Rechtsquellen seine Aufmerksamkeit nicht immer mit dem nothwendigen Masse zuwendet.

Das ist aber nicht recht, denn hat man einmal die Bedeutung des Studiums des geschichtlichen Werdens eines Rechts für das richtige Verständniss und Erfassen desselben anerkannt, so wäre es sehr gefehlt, die Geschichte der Rechtsquellen oder jene der rechtsbildenden Organe zu vernachlässigen. Ganz besonders gilt dies vom römischen Recht, auf dessen Entwicklung so viele verschiedenartige Elemente eingewirkt haben und dessen eigentliche Quellen man gar nicht beurtheilen kann,

ohne über die ganz eigenthümliche Stellung der verschiedenen Staatsorgane, ihre Competenz, die Tragweite ihrer Handlungen u. dgl. genau unterrichtet zu sein.

Dabei kommt noch zu erwägen, dass auf dem Gebiete des römischen Staatsrechts, ebenso wie auf jenem der römischen Rechtsquellen in der letzten Zeit tiefe und gründliche Forschungen viel Neues zu Tage gefördert haben. Es dürfte genügen, bezüglich des ersteren auf das monumentale Werk Mommsen's und Marquardt's, bezüglich der letzteren auf die eingehenden Untersuchungen Lenel's in dessen *edictum perpetuum* hinzuweisen. Auch wäre nichts leichter, als eine ganze Reihe neuer werthvoller Werke und Abhandlungen über Fragen aus den beiden obigen Gebieten anzuführen, welche leider in unseren gangbaren Compendien über Geschichte und Institutionen des römischen Rechts sehr wenig benützt erscheinen.

Man muss daher dem Verf. sehr zu Danke verpflichtet sein, dass er in seinem vortrefflichen Werke ein getreues Bild des heutigen, von der Wissenschaft auf jenen beiden Gebieten eingenommenen Standpunktes gegeben und es mit vielen neuen Ansichten und treffenden Bemerkungen versehen hat.

Den ganzen Gegenstand behandelt er in drei Abtheilungen, von denen die erste das Königthum und die Republik, die zweite das Principat und die dritte die diokletianisch-konstantinische Monarchie betreffen. Zuerst jedoch schildert er in der Einleitung den Gang der römischen Rechtswissenschaft seit den Glossatoren und zwar recht eingehend und treffend angefangen von dem Wiedererwachen des classischen Studiums und dessen Einfluss auf die neue humanistische Richtung bis auf die Gegenwart.

In systematischer Beziehung sei bemerkt, dass in jeder Abtheilung zuerst das Verfassungs-, zum Theile auch das Verwaltungsrecht und hierauf die Rechtsquellen behandelt erscheinen. Die erste Abtheilung zerfällt jedoch in zwei Unterabtheilungen, denn zuerst bespricht Verf. das Königthum bis zum Decemvirat und hierauf die ältesten Rechtsaufzeichnungen; dann folgen die *leges Valeriae Horatiae*, die Magistratur, die Priestercollegien, die Verwaltung Italiens und der Provinzen, der Senat und die Comitien, und zuletzt erscheint wieder die Rechtsbildung bis zu den Zeiten des Principats dargestellt. In einer ähnlichen Weise geht Verf. auch bei den weiteren zwei Abtheilungen vor. Zuerst bespricht er das Verfassungs- und Verwaltungsrecht während des Principats, beziehw. während der diokletianisch-konstantinischen Monarchie und hierauf die verschiedenen Rechtsquellen in der einen und der anderen Periode.

Unserer Ansicht nach wäre es zweckmässiger gewesen, wenn er das Staatsrecht von den Rechtsquellen vollkommen getrennt und zur Darstellung der letzteren nicht die synchronistische, sondern die chronologische Methode angewendet hätte. So sehr auch einzelne Rechtsquellen als Ausfluss der Thätigkeit einzelner bestimmter gesetzgebenden Organe erscheinen, so haben dennoch andere Staatsorgane oder öffentliche Insti-

tutionen auf jene Thätigkeit mitunter einen sehr bedeutenden Einfluss ausgeübt und nachdem nicht jede Verfassungsänderung mit einer entsprechenden gleichartigen Aenderung der gesetzgebenden Gewalt begleitet war, so ist es natürlich, dass eine genaue Kenntniss des ganzen römischen Staatsrechts zum Verständniss der Lehre von den verschiedenartigen römischen Rechtsquellen sehr viel beitragen muss.

Auch wäre bei Anwendung der chronologischen Methode der jeweilige Gegenstand der letzteren Lehre stets als ein geschlossenes Ganze dargestellt worden, während derselbe auf die einzelnen Perioden des römischen Verfassungsrechtes vertheilt, in seiner Darstellung zerrissen erscheint. So werden z. B. die *leges* als Ausfluss der gesetzgebenden Gewalt des Volkes zuerst im §. 20, zum Theile auch in §§. 18 und 19, hierauf wieder im §. 57 und schliesslich in §§. 80 und 81 behandelt und das Alles hätte viel entsprechender in einem Zuge ausgeführt werden können.

Wenn wir uns nun dem eigentlichen Inhalte des Werkes zuwenden und es vom Standpunkte der Kritik beleuchten wollen, so sei im voraus bemerkt, dass bei der Reichhaltigkeit des Stoffes wir nur Einzelnes einer Besprechung unterziehen können.

Und da sind wir bemüssigt, gleich der im §. 1 über das Wesen des Königthums entwickelten Ansicht des Verf. entgegenzutreten. Er neigt sich nämlich weder der gegenwärtig am meisten verbreiteten Auffassung des Königthums als einer vom Volk eingesetzten und nach freier Wahl übertragenen Gewalt, noch jener Rubino's zu, nach welcher das Königthum eine über das Volk stehende, von den Göttern eingesetzte und übertragene Gewalt sein soll. Mit dem letzteren stimmt er nur soweit überein, als dieser die königliche Gewalt als eine ursprüngliche bezeichnet. „Gleichzeitig mit der Entstehung von Stadt und Staat ist das Königthum in's Leben getreten: es ist die fundamentale Institution, das Centrum des römischen Staatswesens, von welchem alle anderen sich ableiten“ (S. 28). Dass es nun gerade das Volk war, welches das Königthum eingesetzt hätte, darüber lässt sich aus den Quellen ein directer Beweis allerdings nicht herstellen. Wenn aber Cicero *(de rep. II, 13, 25)* von Numa ausdrücklich berichtet, *quamquam populus curiatis eum comitiis regem esse iusserat, tamen ipse de suo imperio legem curiatam tulit*, und Festus sagt, *cum imperio est: dicebatur apud antiquos, cui nominatim a populo dabatur imperium*, so wird man zugeben müssen, dass in den Quellen die königliche Gewalt immerhin als eine vom Volke auf den gewählten König übertragene bezeichnet erscheint. Zwar erwähnen weder Livius noch Dionisius die *lex curiata*, aber es wäre zu gewagt, aus diesem einzigen Umstande den Schluss zu ziehen, dass „im ältesten Staate mit der Wahl die Mitwirkung des *populus* bei der Bestellung des Königs beendigt war“, und dies um so weniger, als ja der Name Numa's, auf den der Bericht Cicero's sich bezieht, dem ältesten Staate angehört. Auch würde das Wort *iusserat* zur Bezeichnung der Wahl eines Königs, der seine Macht nicht von den Wählern ableitet, gewiss schlecht passen.

Damit haben wir auch zu der vom Verf. in §. 5 über die Volksversammlungen ausgeführten Ansicht Stellung genommen. Es muss freilich zugestanden werden, dass nach Uebertragung des *imperium* auf den gewählten König die Competenz der Volksversammlung eine „geringe und engbegrenzte“ war, aber in sehr wichtigen Staatsangelegenheiten musste doch ihr Beschluss eingeholt werden und wenn auch das Volk sich bei dieser Gelegenheit auf die blosse Annahme oder Verwerfung des ihm vom König gestellten Antrages beschränkte, so war mit der Annahme keine blosse Genehmigung, wie es Verf. meint, sondern zugleich ein Befehl zur Ausführung des Beschlusses verbunden, welcher letztere eben darum ein *iussus* hiess. Aus diesem Grunde können wir uns auch mit den Folgerungen, welche Verf. aus der verschiedenen Bedeutung der Worte *iubere* und *imperare* zieht, nicht einverstanden erklären, denn, dass das Wort *iubere* im öffentlichen Recht den von uns oben ausgeführten Sinn hatte, dafür genügt die Anführung der von Gaius I, 3, 4 gebrauchten Worte: *Lex est quod populus iubet atque constituit. Plebiscitum est quod plebs iubet atque constituit . . . Senatus consultum est, quod senatus iubet atque constituit.* Dieser Sinn ist es auch, den der Verf. mit dem Ausdrucke *iussum populi* im Gegensatz zum *scitum populi v. plebis* auf S. 402 verbindet. Wenn wir aber selbst zugeben wollten, das Wort *iubere* bedeute so viel, als genehmigen, so muss ja berücksichtigt werden, dass das *imperare* dem Könige ebenfalls vom Volke mittelst eines Curiatbeschlusses ertheilt wurde. Zwar behauptet der Verf., dies hätte erst seit der Servianischen Verfassung stattgefunden, aber diese Ansicht ist, wie weiter unter zu zeigen sein wird, eine durchaus nicht begründete Hypothese.

Im §. 3 bespricht Verf. das Klientelverhältniss, welches seiner Ansicht nach auf einem Vertrage beruhte. Er meint, die Klienten seien aus den besiegten Ureinwohnern des Landes entstanden und zwar wurden die Besiegten nach Gruppen den einzelnen Herrengeschlechtern zugewiesen, aber nicht als Sklaven, sondern „zu einem höherstehenden Abhängigkeitsverhältnisse“. Die wichtigste Folge dieser Anschauung ist die, dass Verf. den Klienten die Rechtsfähigkeit auf dem privatrechtlichen Gebiete zuerkennt, das *precarium* blos bei den Aermeren *(tenuiores)* angewendet haben will und den Klienten selbst die Fähigkeit, als Processpartei aufzutreten, nicht abspricht, dabei aber mit Rücksicht auf ihr minderes Recht eine „formelle Beistandschaft der *patroni*“ annimmt. Gegen das Alles hätten wir nur einen principiellen Einwand zu erheben. Ist nämlich das Klientelverhältniss, wie es Verf. selbst zugiebt, ein erbliches, unlösliches, auf die gesammte agnatische Descendenz des Patrons und die Descendenz des Klienten übergehendes gewesen, dann hat es nach den Grundsätzen des römischen Rechts unmöglich durch Vertrag begründet werden können, abgesehen schon davon, dass nach damaligem Völkerrecht zwischen Sieger und Besiegtem die Möglichkeit einer Vertragseingehung überhaupt ausgeschlossen war.

Sehr ausführlich behandelt Verf. die tarquinischen, insbesondere die servianischen Reformen, nur erscheint die politische Bedeutung derselben zu wenig hervorgehoben. Interessant ist namentlich seine Ausführung bezüglich des Verhältnisses der sogenannten alten *sex suffragia* zu den 12 *centuriae equitum*. „Durch den höchsten *census*, meint Verf. (S. 76), welchen man für die Patriciern und Plebejern zugänglichen zwölf *centuriae equitum* verlangte, würden gar manche Patricier, die bis dahin als Ritter gedient, wegen ihres nicht hinreichenden Vermögens vom Ritterdienst ausgeschlossen gewesen sein. Man liess deshalb für 6 Centurien einen wesentlich geringeren, aber immer noch höheren Census, als den der ersten Classe, genügen, verlangte aber für die Aufnahme in dieselben patricischen Stand und diesen rein patricischen Rittercenturien liess man jene alten Namen" *(sc. Titienses, Ramnenses, Lucerenses priores* und *posteriores)*. Es muss auch zugestanden werden, dass mit dieser Annahme es klar wird, warum Livius (I, 43) „zunächst die Errichtung der 12 Rittercenturien aus den *primores civitatis*, d. h. den Reichsten und darnach erst die Bildung der sechs unter dem alten Namen berichtet", warum ferner Festus (pag. 334) „von einer Hinzufügung dieser sechs zu den zwölf von Tarquinius Priscus errichteten Centurien spricht".

Der Ansicht Mommsen's, welcher bekanntlich die *tribus* der Person aus jener des Grundstückes ableitet und demgemäss den Tribuswandel als eine nothwendige rechtliche Folge des Eigenthumswandels annimmt, tritt Verf. mit sehr guten Gründen entgegen (über den Wechsel der persönlichen Tribus vgl. S. 351). Dagegen können wir uns mit seinen Ausführungen bezüglich der *lex curiata de imperio* (§. 13) nicht befreunden. Verf. meint nämlich, dass „diejenigen Befugnisse, welche man den Centuriatcomitien eingeräumt hatte, den Curiatcomitien entzogen waren" und während die ersteren „für die Wirksamkeit des Staates nach Aussen, für den Krieg und was mit ihm zunächst zusammenhängt", entscheidend waren, mussten vor die letzteren „die das innere Staatsrecht betreffenden Gegenstände gebracht werden". Diesen Sätzen kann man unbedingt zustimmen, aber weiter heisst es, dass „man seitdem auch innerhalb der bis dahin einheitlichen obersten Gewalt eine Unterscheidung zwischen den bürgerlichen und den feldherrlichen Befugnissen derselben, zwischen der *potestas* und dem *imperium*" machte. Wäre diese Annahme richtig, dann müsste folgerecht die Uebertragung des *imperium* zur Competenz der Centuriatcomitien gehört haben, da dieses, wie Verf. selbst behauptet, „das militärische Obercommando und was daran hängt" in sich begreift. Warum galt jedoch das Entgegengesetzte? Offenbar darum, weil die Uebertragung des *imperium* auf den gewählten König ein uraltes, den Curiatcomitien zustehendes Attribut bildete, dessen sie sich zu Gunsten der neuen Centuriatcomitien auf keinen Fall entschlagen hätten.

Bemerkenswerth ist noch, dass Verf. auf Grund des bekannten Zwölftafelsatzes: *Adsiduo vindex adsiduus esto; proletario iam civi quis*

volet vindex esto zwei Gattungen von Proletariern unterschieden haben will, d. i. Proletarier, die schon *cives (iam cives)* sind, und Proletarier, denen diese Eigenschaft nicht zukam. Dieser Unterschied mag entweder beim Beginn der Republik oder in Folge der ersten Secession der *plebs* aufgekommen sein, hatte aber nach Ansicht des Verf. die praktische Bedeutung, dass „die *proletarii iam cives* die zum Mitstimmen in den Centuriatcomitien berechtigte *centuria proletariorum* bildeten“.

Treffend, klar und eingehend sind im §. 15 die Verhältnisse am Grund und Boden, sowie die dadurch hervorgerufenen ökonomischen Verhältnisse im römischen Gemeinwesen geschildert, worauf dann im §. 16 die erste Secession der *plebs*, der Begriff der *lex sacrata* und die Bedeutung der Einsetzung des Volkstribunats erörtert erscheint.

Nach Besprechung des Decemvirats wendet sich Verf. den ältesten Rechtsaufzeichnungen zu und bespricht die *leges regiae*, das *ius Papirianum*, die *commentarii regii*, die *commentarii magistratuum* und die *lex duodecim tabularum*. Aehnlich wie Rubino fasst Verf. die *leges regiae* nicht als *leges rogatae*, sondern als *leges datae* auf. Das widerspricht aber geradezu den Worten des Pomponius: *et ita leges quasdam et ipse curiatas ad populum tulit: tulerunt et sequentes reges. quae omnes conscriptae exstant in libro Sexti Papirii et rel.* (l. 2, §. 2 *D. de or. iuris*). Zwar beruft sich Verf., ebenso wie Rubino, auf die sacralrechtliche Natur der bezüglichen Satzungen und meint, das Volk hätte in religiösen Fragen nichts mitzusprechen. Allerdings, wo es sich um rein religiöse Satzungen handelte, aber die *leges regiae* betrafen auch Verhältnisse, die dem Gebiete des Privat- und Strafrechts angehörten, nur waren alle diese Verhältnisse dazumal mit den sacralrechtlichen Institutionen sehr enge verknüpft. Dieser letztere Umstand konnte aber einer *rogatio* der betreffenden Satzungen nicht entgegenstehen, ebenso, wie auch die *leges XII tabularum* der Volksversammlung zur Beschlussfassung vorgelegt wurden, trotzdem, dass sie manche Sätze enthielten, die dem *ius sacrum* angehörten.

Im §. 21 handelt Verf. von den *leges Valeriae Horatiae* und erwähnt dabei auch das Verhältniss der dritten *lex* dieses Namens *(ut quod tributim plebes iussisset, populum teneret)* zu der *lex Publilia Philonis* und der *lex Hortensia*. In dieser Beziehung steht er vollständig auf dem Standpunkte Mommsen's, nur scheint ihm die Bestimmung der *lex Publilia Philonis* sehr zweifelhaft zu sein und er meint, dass „sie vielleicht die Plebiscite in ihrer Giltigkeit für die *plebs* von dem rechtlichen Erforderniss vorhergehender Einwilligung des Senats befreit hat“. Wir glauben aber, dass, wenn überhaupt dieses Gesetz das Verhältniss des Senats zu den Tribuscomitien betroffen, es die Bestätigung eines den Centurien vorzulegenden Antrages vor erfolgter Abstimmung *(ante initum suffragium)* vorgeschrieben hat. Ueber das gegenseitige Verhältniss der drei obigen *leges* zu einander hat Referent sich vor einigen Jahren an einem anderen Orte (Münchn.

krit. Vierteljahresschr., Bd. XXI, S. 209 und 210) ausgesprochen, muss aber offen gestehen, dass er es nicht mehr wagt, der Mommsenschen, gegenwärtig fast allgemein angenommenen Ansicht entgegenzutreten.

Bei den Volksversammlungen, über welche Verf. sehr ausführlich in den §§. 53 und 54 handelt, ist die obige Frage nicht mehr berührt worden. Bemerken wollen wir noch, dass Verf. der Ansicht Mommsen's, als ob die Plebejer von Anfang zu den Curien gehört hätten, mit guten Gründen entgegentritt und deren Aufnahme in dieselben auf die Zeit der *lex Hortensia* festsetzt. Dagegen liesse sich so Manches einwenden, insbesondere erscheint es unbegreiflich, was die Plebejer bewogen hätte, den Beitritt zu den Curien in einer Zeit, wo diese nur noch eine Scheinexistenz führten, erringen zu wollen.

Angefangen vom §. 23 bis zum §. 42 erscheint die Magistratur, deren Begriff, Wesen, Eintheilung, die mit ihr verbundenen allgemeinen Rechte und die Bedingungen zur Erlangung derselben, sodann jeder einzelne Magistrat sehr eingehend erörtert und vorzüglich dargestellt. Es würde uns zu weit führen, wenn wir uns in eine detaillirte Besprechung alles dessen einlassen wollten, doch sei es uns gestattet, hier wenigstens einen Punkt von principieller Bedeutung zu berühren. Mit Recht fasst nämlich Verf. das *imperium* in erster Linie als eine militärische Gewalt auf, welche dem Gewählten mittelst der *lex curiata de imperio* verliehen wurde, doch meint er, dass die *lex curiata* nicht auf die Magistrate mit *imperium* beschränkt geblieben, sondern auch auf die mit blosser *potestas* ausgestatteten höheren und niederen Magistrate übertragen worden sei. Er beruft sich da auf die Worte Messala's bei Gellius 13, 15: *Minoribus creatis magistratibus tributis comitiis magistratus, sed iustus curiata datur lege.* Diesen Text will er ungeändert erhalten und legt ihm den Sinn bei, dass, wenngleich „mit der Wahl in Tributcomitien der *magistratus* schon erworben, so ist er doch als ein *iustus* erst mit der *lex curiata* erworben“ (S. 132). Aber dann ist es wahrlich nicht einzusehen, warum die Censoren in ihr Amt mittelst einer *lex centuriata* und nicht mittelst der jeden *magistratus* zum *iustus* stempelnden *lex curiata* eingewiesen wurden. Der vom Verf. dafür angeführte Grund gibt keine genügende Erklärung.

Auffallen muss es ferner, warum Verf. die *iurisdictio* unter den magistratischen Rechten nicht angeführt hat. Dass sie den Consuln zustand und ihnen selbst nach Einführung der Prätur nicht entzogen war, hat Verf. S. 208 sehr gut begründet, und da nach seinen eigenen Worten „das Recht der Consuln so weit reichte, als die Magistratsgewalt überhaupt“, so hätte die *iurisdictio* schon darum unter den magistratischen Rechten im Allgemeinen ihren Platz finden sollen.

Schliesslich sei noch bemerkt, dass Verf. eine treffende Erklärung jener Stelle aus Polybius (6, 19, 4) gibt, welche zehn militärische Dienstjahre (*stipendia*) als Bedingung der Erlangung einer Magistratur verlangt. Er verwirft die Ansicht Mommsen's, nach welcher nicht

Ableistung des Kriegsdienstes, sondern Stellung zur jedesmaligen jährlichen Aushebung gefordert wurde und meint, dass, nachdem die Reiterei in Rom eine stehende war und die Musterung, bezw. Ergänzung derselben durch die Censoren beim *census* stattfand, eine specielle Aushebung der Reiterei nach erfolgter Aushebung des Fussvolkes nicht mehr zu geschehen brauchte. „Die zur Reiterei gehörigen Personen waren also ständig im Dienst und machten, mit Ausnahme der etwa zum Schutz der Stadt Bestimmten oder aus besonderen Gründen Befreiten, jeden Feldzug mit. Hier lag also für den aushebenden Magistrat gar keine Gelegenheit vor, den einzelnen *eques* durch Ausschliessung von der Aushebung in seiner politischen Carriere zu retardiren“, wie es Lange meint, „denn der Dienst der zum Schutz der Stadt Zurückgelassenen wurde ihm gewiss in die *stipendia* eingerechnet“ (S. 178).

Trefflich ist im §. 43 der Standpunkt des *collegium pontificum* geschildert. Aehnlich, wie Mommsen, nimmt Verf. die Einführung des *pontifex maximus* nach Wegfall des Königthums an und stellt dabei die Vermuthung auf, dass derselbe in älterer Zeit Namens des Collegiums religiöse Vorschriften veröffentlichte, aus denen dann später die sog. *leges regiae* zusammengestellt sein mögen (S. 272). Dass wir diese Ansicht nicht theilen, folgt aus dem, was früher über die *leges regiae* gesagt wurde. Interessant sind die Ausführungen des Verf., der sich bekanntlich mit dem Studium des älteren römischen Processes speciell befasst hat, über die richterliche Competenz des erwähnten Collegiums. In der Voraussetzung, das *sacramentum* sei, wie das Danz in seiner Abhandlung über das *sacramentum* und die *lex Papiria* (Zeitschr. für Rechtsgesch. VI, S. 350 fg.) näher ausgeführt hat, in dem durch *legis actio sacramento* eingeleiteten Processe ein Eid gewesen, welchen jede Partei zur Bestärkung ihrer Behauptung leistete, glaubt Verf., dass „diese dem religiösen Gebiet anheimfallende Frage in der Königszeit vom Königspriester, dagegen in republikanischer Zeit weder vom Volk, noch vom Senat, noch von weltlichen Geschworenen, sondern nur von einer priesterlichen Behörde“, somit von den *pontifices* entschieden werden konnte. Er betrachtet es dann als eine plebeische Errungenschaft, „dass in den Sacramentsprocessen nicht mehr die *pontifices*, sondern in den Processen, welche nicht an die *centumviri* gelangten, ein einzelner *iudex*, der auch ein Plebejer sein konnte, entscheiden sollte“. Behufs Ermöglichung dieser Veränderung musste der Eid wegfallen und das *sacramentum* verwandelte sich „in eine *sponsio poenalis et praeiudicialis* mit gesetzlich fixirtem Betrage“. Ob diese Behauptungen quellenmässig zu erweisen seien, lassen wir dahingestellt, dass aber der *unus iudex* erst seit der *lex Pinaria* hätte bestellt werden können, lässt sich unseres Erachtens aus Gaius, IV, 15 nicht feststellen. Der Vermuthung des Verf., dass auf Grund Studemund's *Apographum* statt *ante eam legem statim dabatur iudex*, gelesen werden dürfte *ante eam legem n̄ item dabatur iudex*, stehen eben so sachliche, wie sprachliche Gründe entgegen, aber wenn wir auch

diese Leseart annehmen wollten, dann hätte das Wort *item* hier nur die Bedeutung, dass vor der *lex Pinaria* der *unus iudex* nicht in derselben Weise (d. i. *die XXX)* gegeben wurde. Sehr anmuthend ist dagegen der etwas weiter vom Verf. angeregte Gedanke, „ob nicht überhaupt wegen solcher nicht notorischer Verbrechen, auf denen die Strafe der Sacertät stand, in altrömischer Zeit ein den germanischen Ordalien ähnliches Verfahren eintrat“ (S. 275).

In weiterer Folge (§§. 44 und 45) erscheinen die internationalen Verhältnisse, insbesondere das *ius fetiale,* die verschiedenen Arten der völkerrechtlichen Verträge, der Unterschied zwischen *foedus* und *sponsio* (eines Feldherrn), die *deditio* und *occupatio bellica* klar dargestellt. Bemerkenswerth ist hier, dass Verf. in der die Competenz der Fetialen kurz zusammenfassenden Stelle aus *Cicero de legibus* (*2*, *9*, *21*)*: Foederum pacis belli indotiarum oratorum fetiales iudices nontii sunto: bella disceptanto* statt *oratorum oratores* liest, aber dieses Wort nicht, wie Lange, als Prädicat zu *iudices nontii*, sondern als Subject zusammen mit *fetiales* (= *sacerdotes fetiales*) auffasst.

Im §. 46 bespricht er die incorporirten Gemeinden, namentlich die *municipia, praefecturae*, *conciliabula* und *fora,* erläutert dabei die bekannte Stelle aus Paulus Diaconus mit den drei Begriffen des Wortes *municipium*, gibt hierauf im §. 47 nach Feststellung des Begriffes und der verschiedenen Arten von Colonien ein genaues und klares Bild des Verfahrens bei Gründung derselben und erörtert schliesslich im §. 48 den Begriff der Provinz, sowie deren Verwaltung unter Berücksichtigung der eigenthümlichen Stellung der verschiedenen *civitates* und Hinweis auf das Vordringen des römischen *ius gentium* in denselben.

Weiter erörtert er in §. 49 die Bildung neuer Stände in der späteren Zeit der Republik, namentlich die Nobilität, den *ordo equester*, die *tribuni aerarii,* den Stand der Freigelassenen und berührt bei den letzteren auch die grosse Reform des Appius Claudius Caecus. Er geht dabei von der ganz richtigen Ansicht aus, dass dieser grosse Staatsmann es wohl eingesehen hat, dass „Rom bei seiner steigenden Macht mit seiner traditionellen, von den Interessen eines kleinen auf Grundbesitz gegründeten Gemeinwesens dictirten bäuerlichen Politik brechen und den Handels- und Verkehrsinteressen eine grössere Berücksichtigung zu Theil werden lassen“ sollte, dass somit sein Versuch darauf gerichtet war, „die für den Verkehr wichtige städtische Bevölkerung zu heben und zu grösserem politischen Einfluss heranzuziehen“.

Die darauf folgenden §§. 50—55 sind dem Senat und den Volksversammlungen gewidmet. In der bekannten Streitfrage, seit wann die Plebejer den Zutritt zum Senat erlangt haben, neigt Verf. sich der Ansicht zu, wornach sie gleich bei Beginn der Republik (seitdem es *conscripti* im Senate gab) zu Senatoren gewählt werden konnten. Das Zustandekommen der *lex Ovinia* nimmt er zu einer Zeit an, „wo der Consulartribunat noch nicht abgeschafft war, also vor der *lex Licinia*“. Mit dieser Ansicht können wir uns durchaus nicht befreunden. Verf.

stützt sich auf die bekannte Festusstelle *v. praeteriti* und meint, die Worte *ex omni ordine* beziehen sich nicht auf die Classen der *consulares, praetorii* u. s. w., sondern auf die beiden Stände der Patricier und Plebejer. Wäre das richtig, dann hätten die Censoren mittelst der *lex Ovinia* dasselbe Recht erlangt, welches die Consuln bisher besessen haben, denn, wenn auch diese bis dahin die *coniunctissimos sibi* aus dem einen und dem anderen Stande wählen konnten, so wäre ja die Beurtheilung des *optimus quisque* ebenfalls den Censoren ganz anheimgestellt gewesen. Nun war aber das Ovinische Gesetz ein Plebiscit und die Plebejer konnten es nur unter der Bedingung beschlossen haben, wenn sie von ihm einen Vortheil zu erringen hofften. Auch deuten die Worte *ex omni ordine optimum quemque* auf eine Beschränkung der Censoren im freien Wahlrecht der Senatoren und berücksichtigt man dazu Livius 23, 23, so kommt man zur Schlussfolgerung, dass jene Worte, wenn auch nicht ausschliesslich, so doch vorzugsweise den *ordo magistratuum* betrafen. Eine grössere Garantie für die Berücksichtigung der Plebejer gab aber die Censur den Tribunen erst seit der *lex Publilia Philonis*, welche die Anordnung traf, dass einer von den zwei Censoren immer ein Plebejer sein musste. Zwischen diese Zeit und die Censur des Appius Claudius Caecus ist daher die Entstehung der *lex Ovinia* am sichersten zu setzen.

Von den verschiedenen Senatsmitgliedern fasst Verf. speciell ins Auge jene, *quibus in senatu sententiam dicere liceret* und die *pedarii*. Zu den ersteren zählt er diejenigen, welche seit Bildung der letzten Senatsliste eine kurulische Magistratur bekleidet hatten. Er erkennt ihnen, wie das übrigens allgemein angenommen wird, nicht nur das *ius dicendae sententiae*, sondern auch das Recht zu, an der Abstimmung theilzunehmen (§. 51). Die *pedarii* fasst er, entsprechend der *communis opinio*, als diejenigen Mitglieder des Senats auf, „welche nicht zum *sententiam dicere*, sondern zur Theilnahme an der Abstimmung durch *discessio* berechtigt waren, welche also nur sich der Ansicht eines vollberechtigten Senators anschliessen konnten, nicht zur Aufstellung einer selbständigen Ansicht befähigt waren“ (S. 361). Referent ist in einer soeben in polnischer Sprache veröffentlichten Abhandlung der einen und der anderen Ansicht entgegengetreten. Das Recht zum Abstimmen, das über das Zustandekommen des *Sctum* entscheidet, reicht doch weiter, als das *ius dicendae sententiae* und es ist aus den Quellen nicht zu erweisen, dass jene, *quibus in senatu sententiam dicere licebat* und die als solche von den eigentlichen Senatoren unterschieden wurden, an der *discessio* Theil genommen hätten. Aus demselben Grunde ist es auch schwer anzunehmen, dass einem Senator, dem ein *votum decisivum* zugestanden war, das *votum informativum* — und ein solches war doch das *ius dicendae sententiae* — hätte abgesprochen werden können. So was würde der scharfe juristische Römersinn nicht zugelassen haben. Unseres Erachtens bildeten daher die sogenannten *pedarii* keine eigene Kategorie von Senatoren und das um so weniger, als an einzelnen Stellen ebenso das *sententiam dicere* derselben *(Tac. Ann. 65)*, wie das *in*

alienam sententiam pedibus ire aller Senatoren (Liv. 22, 56) sich nachweisen lässt. Der obige Ausdruck scheint im Allgemeinen zur Bezeichnung solcher (meistens jüngeren) Senatoren gedient zu haben, die sich scheuten, mit einer eigenen Meinung hervorzutreten.

Sehr ausführlich handelt Verf. über die Verhandlungen im Senat, über den Unterschied zwischen *consulere senatum, verba facere, referre ad senatum*, ferner über das *Sctum facere*, welches letztere nach seiner Meinung in der schriftlichen Redaction des Senatsbeschlusses, dem *perscribere Sctum* bestand und schliesslich bei der Competenz des Senats über dessen Einfluss auf die Gesetzgebung.

Dasselbe gilt auch von den weiter besprochenen Volksversammlungen, bei denen wir auf einen äusserst interessanten und unseres Erachtens gelungenen Excurs des Verf. über den eigentlichen Sinn des Ausdruckes *trinum nundinum* aufmerksam machen.

Ueber die Rechtsquellen der ganzen bisher besprochenen Periode handeln die §§. 57—61. Nach Hervorhebung des Unterschiedes zwischen *leges rogatae* und *datae*, der Bestandtheile der einzelnen *leges* und ihrer Eintheilung in *leges perfectae, imperfectae* u. s. w. folgt eine sehr genaue und lehrreiche Beschreibung der uns aus dieser Periode erhaltenen Bruchstücke von Gesetzestafeln (der *tab. Bantina*, der *lex Acilia repetundarum* und der *lex Thoria agraria*, der *lex Cornelia Sullae de XX quaestoribus*, der *lex Antonia de Termessibus*, der sogenannten *tab. Heracleensis*, der *lex Rubria*, der *lex coloniae Juliae Genetivae* und anderer), von Senatusconsulten (des *Sctum de Bacchanalibus, de Tiburtibus, de Asclepiade Polystrato Menisco* und in Betreff eines *pagus Montanus*), der *sententia Minuciorum inter Genuatos et Viturios* und eines *decretum* des L. Aemil. Paullus, Besiegers des Perseus. Weiter erörtert Verf. den Begriff des Gewohnheitsrechts, bei dessen Entstehung er die Rechtsüberzeugung (inneres Moment) und die Uebung (äusseres Moment) mit Recht als zwei einander coordinirte Factoren auffasst.

Höchst anregend sind seine weiteren Ausführungen über das *ius civile* und das *ius gentium*, treffend der Excurs über die magistratischen Edicte und den Einfluss der Jurisprudenz auf die Rechtsbildung. Mit der Ansicht des Verf., dass das Urtheilen des Richters nicht „Anwendung einer von oben gegebenen abstracten Rechtsregel, sondern Rechtsfindung“ war (S. 452), können wir uns insofern einverstanden erklären, als es sich um Abgabe des Urtheils seitens eines *arbiter* oder überhaupt auf Grund der Formel *quidquid Num. Num. Ao. Ao. dare facere oportet ex fide bona* handelte. Dass aber das Urtheilen recht oft auch in der Anwendung einer bestimmten Rechtsregel bestand, dafür bieten den besten Beweis die *formulae in ius conceptae.*

Dagegen müssen wir so manchen Anschauungen des Verf. über das *ius gentium* entgegentreten. Er meint nämlich, dass dieses Recht seinem „ursprünglichen Stoffe nach zum *ius civile* im Gegensatze des *ius honorarium* gehörte.“ Dasselbe hat sich nach ihm „aus dem Verkehr der römischen Bürger unter sich entwickelt, ist dann aber als ein aus allgemein menschlichen Bedürfnissen hervorgegangenes und

denselben dienendes Recht auch auf den Verkehr der Bürger mit den Peregrinen, sowie auf den der Peregrinen unter sich angewandt worden. Kein einziges der zum ursprünglichen Stoff des *ius gentium* gehörigen Verhältnisse hat in seinem Wesen etwas, was darauf hindeutete, dass dasselbe zuerst in dem handelsrechtlichen Verkehr der Römer mit den Peregrinen Anerkennung gefunden. Occupation, Fruchterwerb, Specification sind Erwerbsarten des Eigenthums, welche sich bei jedem Volk, welches Jagd, Fischfang, Ackerbau, Viehzucht, Handwerke betreibt, so früh einbürgern, dass sie auch im Verkehr der römischen Bürger unter sich unmöglich erst seit dem 6. Jahrhundert der Stadt oder gar noch später als rechtserzeugend anerkannt sein können. Der Kauf ferner ist keineswegs blos Handelsgeschäft, sondern ebensowohl, ja zunächst ein Geschäft des kleinen bürgerlichen Verkehrs, wie er sich mit dem Aufkommen des Geldes in jedem städtischen Leben entwickelt" (S. 454). Referent ist zwar an einem anderen Orte (Münchn. krit. Vierteljahreschr., Bd. XXII, S. 427 fg.) der Ansicht Voigt's, als wenn das *ius gentium* erst dem in Folge der punischen Kriege im Zustande Roms eingetretenen wirthschaftlichen Umschwunge seine Entstehung zu verdanken hätte, ebenfalls entgegentreten, hat aber dabei zugestanden, dass erst seit dem Eintritte Roms in die Mercantilperiode der eigentliche Boden zur Fortbildung des *ius gentium* gegeben war. Der Ansicht des Verf. könnte er dagegen nur dann zustimmen, wenn dieser sich mit der blossen Anerkennung aller obigen Verhältnisse durch die Lebenssitte zufrieden gegeben hätte. Nun verwirft er aber eine solche Annahme und meint, jene Verhältnisse seien von allem Anfang unter rechtlichem Schutze gestanden und wären „durch die Jurisdiction der Magistrate, beziehungsweise die Urtheile der Geschwornen zur praktischen Geltung gebracht" worden. Wie die ersten Sätze des *ius gentium* überhaupt entstanden und sich weiter gebildet haben, darüber lassen sich wohl nur Vermuthungen aufstellen, aber sicher waren es Sätze, welche die Römer als den Bedürfnissen aller Völker entsprechend anerkannt haben und die höchst wahrscheinlich zuerst durch die Recuperatoren gerichtlich geltend gemacht wurden. Je reger sich der Verkehr zwischen den Römern und den fremden Völkern gestaltete, desto mehr wurden jene Sätze entwickelt und fortgebildet. Hierauf begann auch die Thätigkeit der die Jurisdiction ausübenden Magistrate, namentlich der Prätoren, welche deren Anwendung *in iudicio* immer häufiger veranlassten. Dieselben Thatsachen, an welche das *ius gentium* rechtliche Folgen geknüpft haben wollte, waren es ja, bei deren Vorhandensein auch die Prätoren die Gewährung der verschiedenen Rechtsschutzmittel im Edicte versprachen und die sie den *iudices* in einer kurzen Anweisung darüber, unter welchen Bedingungen der Geklagte zu condemniren, beziehungsweise zu absolviren sei, in der Regel anführten. Wenn der Verf. S. 463 behauptet, dass es jetzt „die nächste Aufgabe der Magistrate war, für alle im *ius legitimum* und *ius gentium* als klagbar anerkannten Rechte magistratische Klagformeln auszubilden und die Schemata derselben im Edict im

Voraus zu proponiren“, so können wir dieser Behauptung nur in einem Theile, d. i. soweit sie die dem *ius legitimum* angehörigen Rechte betrifft, und das auch nur mit der Restriction zustimmen, falls nicht besondere Gründe zur Verweigerung des bezüglichen Rechtsmittels vorlagen, so beispielsweise die *venditio* und *traditio* einer *res mancipi* seitens des Eigenthümers. Was aber die Sätze des *ius gentium* anbelangt, so waren diese unseres Erachtens damals — abgesehen von den in den Recuperatorengerichten mit Erfolg durchgeführten Fällen — als klagbar noch nicht anerkannt. Die für sie nöthigen Rechtsschutzmittel zu gewähren, gehörte daher zu der zweiten, den Magistraten vom Verf. gestellten Aufgabe, die darauf gerichtet war, „den Kreis der Rechtsschutz geniessenden Lebensverhältnisse zu erweitern“. Wäre die entgegengesetzte Anschauung des Verf. richtig, dann ist es wahrlich nicht einzusehen, auf welche Weise die bezüglichen Ansprüche z. B. während des Bestandes des Legisactionenprocesses vor das *iudicium* hätten überhaupt gelangen können. Dass auf diese Art im Hinblick auf den ursprünglichen Stoff von einem Gehören des *ius gentium* zum *ius civile* im Gegensatze des *ius honorarium* nicht gesprochen werden könne, glauben wir durch Obiges ebenfalls klargelegt zu haben. Dafür stimmen wir der weiteren Behauptung des Verf. (S. 470), dass das prätorische Recht „als eine Fortbildung sowohl des *ius civile* als des *ius gentium* erschien“ und dass es „auf eine gewisse Abschleifung der Schärfe des Gegensatzes“ zwischen beiden hinwirkte, unbedingt zu.

Mit S. 491 beginnt Verf. die Darstellung des Principats. Wenn man erwägt, dass diese Abtheilung bis S. 822 reicht und darauf die Schilderung der diokletianisch-konstantinischen Monarchie bis S. 1029 folgt, wenn man ferner die neuen grundlegenden Untersuchungen eines Mommsen, Marquardt, Hirschfeld und Anderer auf dem Gebiete des römischen Staatsrechts in dieser Periode in Betracht zieht, wenn man schliesslich im Hinblicke auf den bisher vom Verf. eingenommenen Standpunkt nur einen beiläufigen Schluss auf die weitere Behandlungsweise des von ihm bearbeiteten Gegenstandes zieht, so wird man einsehen, dass ein gewissenhafter Recensent schon bei einer einfachen Zusammenstellung alles dessen, was ihm in dem Werke des Verf. vorzüglich dargestellt erscheint oder wogegen er gewisse Bedenken erheben wollte, einen so grossen Raum in Anspruch nehmen müsste, wie er für eine kritische Anzeige füglich nicht verlangt werden kann. Schon aus diesem Grunde wäre eine Ablenkung von dem bisher bei Besprechung des obigen Werkes von uns eingeschlagenen Wege angezeigt, aber es drängt uns hierzu noch ein anderer Umstand. Es ist nämlich aus der ersten Abtheilung auch blos Einzelnes einer näheren Erörterung unterzogen worden, aber das Uebergangene bietet noch immer eine reiche Ausbeute von neuen Gedanken und anregenden Bemerkungen, die zu einer Untersuchung und Kritik herausfordern. Wenn wir nun über dieselben stillschweigend hinweggegangen sind, so geschah dies nicht etwa aus dem Grunde, weil wir

sie nicht nach Gebühr würdigen wollten, sondern deshalb, weil eine Recension nicht den Zweck hat, den Leser mit dem Inhalte alles dessen, was ein Buch Interessantes enthält, bekannt zu machen, sondern ihn zum Lesen dieses letzteren anzueifern. Dass nun Karlowa's neuestes Werk im höchsten Grade lesenswerth ist, dass es ein reichhaltiges und belehrendes Material enthält, und zwar ebenso für den Rechtshistoriker, wie für jeden, der für die Geschichte des Römervolkes Sinn und Interesse hat, das wird unsere bisherige Besprechung hoffentlich zur Genüge dargethan haben.

Dass aber das Interesse für die zweite Abtheilung, wenn nicht grösser, so doch wenigstens kein geringeres sein könne, als für die erste, dafür bürgt ebenso der dieser Periode angehörige reiche Stoff, als auch die grosse Sorgfalt, mit welcher Verf. uns denselben vor die Augen geführt hat. Zu diesem Behufe genügt schon der Hinweis auf die treffliche Schilderung des Wesens des Principats. Ferner gehört der ausführliche Excurs über das Städtewesen (§§. 76—79) zu den gelungensten Partien im ganzen Werke. Auch die ganze weitere Darstellung der Rechtsquellen, namentlich der *leges, Scta, constitutiones principum*, der Jurisprudenz, sowie der auf uns unmittelbar überkommenen Reste derselben und der Rechtsgeschäfte aus jener Zeit (§§. 80—94) ist eine sehr detaillirte und vorzügliche, wenngleich so manche übrigens recht anmuthende Auffassung des Verf., wie z. B. jene über die *responsa* (S. 661) oder über den Gegensatz der Schulen der Sabinianer und Prokulejaner (S. 664) oder über die *stationes ius publice docentium aut respondentium* zum Widerspruche reizt. Die Zusammenstellung alles Wissenswerthen über die einzelnen Juristen ist überaus sorgfältig und reichhaltig. Das Gleiche gilt von der Zusammenstellung der uns unmittelbar erhaltenen Reste der Schriften der Juristen und der bis auf die neuesten Zeiten gesammelten Urkunden über einzelne Rechtsgeschäfte. Bemerken müssen wir noch, dass Verf. mit der Textesemendation des §. 182 im IV. Buche der neuesten Krüger-Studemund'schen Ausgabe der Institutionen von Gaius nicht einverstanden ist, und als mit dem *apographum* besser vereinbar folgende Lesart vorschlägt: *item alia parte edicti id ipsum nominatim exprimitur, si quis ignominiosus esset ideoque* (oder *eoque*) *prohiberetur et pro alio postulare, cum et cognitorem dare procuratoremve habere, item (pro)curatorio aut cognitorio nomine iudicio intervenire (ut) ignominiosum non posse.*

Die Verfassung der ersten Kaiserzeit mit der ihr eigenthümlichen Theilung der Herrschaft zwischen *princeps* und Senat war noch immer ein Product des römischen Volksgeistes. Ein Gleichgewicht zwischen den beiden Gewaltträgern konnte sich jedoch auf die Dauer nicht erhalten und bei der hervorragenden Stellung des *princeps* konnte es keinem Zweifel unterliegen, welche dieser beiden Gewalten vor der anderen schliesslich weichen musste. Eine kurze Anführung aller Momente, die den Uebergang zur diokletianisch-konstantinischen Monarchie veranlassten, findet sich im §. 95. Darauf folgt eine

Schilderung der Stellung des Kaisers und eine detaillirte Beschreibung des ganzen complicirten Verwaltungsapparates in dem sinkenden römischen Reiche, welches nur noch dem Namen, aber nicht dem inneren Wesen nach römisch war. Sehr gut ausgeführt ist der Excurs über das Colonat (§. 108).

Nach einer ausführlichen Darstellung aller in dieser Periode entstandenen Rechtssammlungen schliesst Verf. sein ausgezeichnetes Werk mit einer Beschreibung der Justinianischen Gesetzgebung und der durch sie im Rechtsunterrichte hervorgerufenen Aenderungen.

Der zweite Band des Werkes wird Privatrecht und Civilprocess, Strafrecht und Strafprocess behandeln. Der Zeitpunkt seiner Herausgabe ist noch unbestimmt. Ein auf das ganze Werk sich beziehendes ausführliches Namen- und Sachregister wird demselben beigegeben werden.

Krakau, im April 1886. **Prof. Dr. Zoll.**

Kritische Studien zur Theorie der Rechtsquellen im Zeitalter der classischen Juristen.

Von Dr. Moriz Wlassak, Professor des röm. Rechts an der Universität Graz. Graz, Leuschner & Lubensky, k. k. Universitätsbuchhandlung. 1884. (IX u. 201 S.)

Unter dem obigen Titel sind zwei mit besonderen Ueberschriften versehene Abhandlungen vereinigt, und zwar die eine über den Rechtsdualismus in der Kaiserzeit (S. 1—96), die andere über die Senatsgesetzgebung und das Constitutionenrecht (S. 97—192). Beide greifen jedoch ineinander, da der Kernpunkt der ersten mit dem Constitutionenrecht auf das Engste zusammenhängt.

Dieser Punkt betrifft das sogenannte *ius extraordinarium*, welches bekanntlich Rudorff und Kuntze als eine eigenthümliche Rechtsbildung neben dem *ius civile* und *ius honorarium* auffassen, eine Rechtsbildung, die nach Rudorff (R. G. I, §. 5) „unter Anderem das neue Recht der Alimente, Honorare und Fideicommisse, der Schenkungen und *castrensia*, überhaupt das ganze neuere Militärrecht, das neue arbiträre Strafrecht, das neue Finanz-, Fiscal-, Appellations- und Municipalrecht umfasst", in welcher nach Kuntze (Cursus, §. 367) „sich der grundsätzliche und bewusste Bruch mit dem nationalen Recht" vollzieht und zugleich die Humanitätsidee des *ius naturale* ihren prägnanten Ausdruck erhält (ebenda, §. 368).

Gegen diesen Begriff ist die erste Abhandlung gerichtet. Nach dem Verf. ist alles römische Privatrecht entweder *ius civile* oder *ius honorarium* und um diese Eintheilung als eine erschöpfende darzuthun, führt er im §. 1 eine Reihe Quellenstellen an, von denen die ältesten dem letzten Jahrhundert der Republik, die jüngsten der Zeit Justinian's angehören. Auch erblickt er im *ius naturale* keinen eigentlichen Rechts-

begriff, und meint, dass die römischen Juristen einem darauf gegründeten Institut den Rechtscharakter überhaupt absprechen (S. 46). Im §. 6 wird der Begriff des *ius extraordinarium* einer eingehenden Kritik unterzogen. Verf. kann nichts finden, was demselben einen eigenthümlichen Charakter aufprägen würde und wollte man in ihm nach Kuntze eine „principielle Deviation von der nationalen Bahn des Römerrechts“ erblicken, so möge erwogen werden, dass „unrömische Art — schon in dem neueren *ius civile* und *ius honorarium*“ auftrete. „Die formlosen civilen Contracte beispielsweise sind nach der privatrechtlichen Seite um nichts mehr römisch, als die Fideicommisse“ (S. 63).

Von den Quellenzeugnissen, die für die Annahme eines *ius extraordinarium* sprechen, führt Verf. die *ll. 10, 178 §. 2, 3 D. de v. s. (50, 16), l. 7 D. de lege Corn. (48, 10), l. 5 C. de priv. fisci (7, 73)* und *§. 3 I. de test. ord. (2, 10)* als solche an, denen unmittelbare Beweiskraft zuzukommen scheint, aber unter diesen ist es blos eine einzige Juristenstelle *(l. 10 D. cit.)*, welche den Ausdruck *ius extraordinarium* gebraucht und hier „steht gerade das uns interessirende Wort kritisch nicht fest“, denn „im Florentiner Codex lesen wir *extraordinario*, eine alte von Mommsen verglichene Pariser Handschrift des *Digestum novum* hat *jus extraordinarie;* die Basiliken (II, 2, 10) erwähnen die *persecutio* gar nicht, sondern sprechen nur von der Schuld nach civilem und honorarischem Rechte“ (S. 72). Wenn aber die Worte *ius extraordinarium* auch vom Kaiser Alexander in *l. 5 C. cit.* gebraucht wurden, so hat derselbe damit kein besonderes neben dem *ius civile* und *honorarium* bestehendes Recht gemeint, sondern einen zu Gunsten des Fiscus aufgestellten „Ausnahmesatz“, einen „Privilegialsatz“, ein „*ius singulare*“ (S. 73). Zur Erläuterung aller obigen Stellen wendet Verf. die *l. 178 de v. s.* an, aus der klar hervorgeht, dass es sich da überall um „*extra ordinem* zu verhandelnde Rechtssachen“, um „Extraordinarpersecutionen“, mithin um eine besondere Verfahrensart und nicht um eine besondere Rechtsmasse handelt (S. 74—76). Auch die in den Quellen vorkommenden Worte *ius ordinarium* bezeichnen, wie aus zahlreichen Stellen (S. 82, 83) zu ersehen ist, nicht etwa ein die civilen und prätorischen Normen zusammenfassendes Recht“, sondern das normale Processverfahren.

An die Untersuchungen von Bethmann-Hollweg und Brinz anknüpfend, erörtert Verf. den Ausdruck *extra ordinem* und meint, dass ihm auch dieselbe allgemeinere Bedeutung zukomme, wie dem deutschen Worte „ausserordentlich“. „Extraordinär in diesem Sinne ist Alles, was wir abnormes, regelwidriges, Ausnahme-, Privilegialrecht nennen, ferner die Hilfe, welche der Prätor und der Kaiser unter besonderen Umständen gegen die Rechtsregel gewähren, auch wohl die *actio utilis* im Gegensatz zur *directa* u. dgl. m.“ (S. 89).

Schliesslich weist Verf. auch die Möglichkeit einer Unterscheidung von *ius ordinarium* und *extraordinarium* auf dem Gebiete des Staatsrechts zurück (S. 93).

Dies im Wesentlichen der Inhalt der interessanten, mit viel Geschick durchgeführten Abhandlung und es ist zuzugeben, dass weder das Constitutionenrecht als solches, noch die sogenannte Papinianusmasse in den Digesten Justinian's mit dem Begriffe des *ius extraordinarium* identificirt werden können. Auch haben Rudorff und Kuntze zweifellos gefehlt, wenn sie bei Feststellung dieses Begriffes die Processart für unwesentlich erklärten, da doch das *ius extraordinarium*, wenn es überhaupt eine eigenthümliche Rechtsbildung darstellen soll, der *extraordinaria cognitio* seinen Ursprung und seine Fortbildung verdankt. Aber in dieser Richtung haben bereits die Untersuchungen von Bekker und Brinz, denen die Neueren gefolgt sind, das Richtige ergeben und selbst Esmarch, der sich an Kuntze noch am engsten anschliesst, betrachtet, wie es Verf. selbst (S. 95) bekennt, „die *cognitio extra ordinem* als charakteristisches Merkmal der auf dem Gebiete des Extraordinarrechts entstandenen Ansprüche".

Der Verf. geht aber gewiss zu weit, wenn er bei Bekämpfung der Rudorff-Kuntze'schen Lehre den Begriff eines, seinem Inhalte nach vom *ius utrumque* verschiedenen *ius extraordinarium* vollständig leugnet. Dass Ansprüche des Civil- und Honorarrechts auch im Wege der *extraordinaria cognitio* geltend gemacht werden konnten, hat nichts zu sagen, da ja auch das *ius honorarium* dem Formularprocesse in erster Linie seine Entstehung verdankt und dennoch viele civilrechtliche Ansprüche im Wege dieses Processes geltend gemacht wurden. Treffend unterscheidet Brinz im Hinblick auf seine fünf Gründe der ausserordentlichen Cognition (Pand. I, §. 91) Fälle, „in denen ausser und vor der *extraordinaria actio* kein Anspruch besteht oder bestand und also der Fall selbst etwas ausserordentliches hatte" — und Fälle, „in denen vor und ausser der *extraordinaria* eine *ordinaria (directa* oder *utilis) actio*, oder eine *cognitio* vom alten Schlage stattfindet oder stattfand". In den Fällen der ersten Art sieht er in der *extraordinaria actio* „eine Mehrung und Ausdehnung der Klagen, ähnlich der in *factum, fictitia, utilis actio*"; in jenen der zweiten Art liegt das Ausserordentliche „nicht im Fall, sondern in der neuen Competenz und dem neuen Verfahren".

Dass es nun Fälle der ersten Art gab, kann nicht geleugnet werden. Gesteht ja der Verf. (S. 63) selbst zu, „dass die Abweichungen von den nationalen Rechtsprincipien unter den Kaisern bedeutender und zahlreicher sind, als in früherer Zeit", deshalb nimmt er ein abnormes, regelwidriges, Ausnahmerecht (S. 89) an, welches die Pandectenjuristen in der allgemeineren Bedeutung der Worte *extra ordinem* auffassten (S. 90). Es wird dies wohl dasselbe anomale Recht sein, welches er im §. 3 ein „secundär-prätorisches" nennt und zwar deshalb, weil es, „wie es scheint, bei den Classikern überall *ius honorarium* heisst, dennoch aber mit dem originär-obrigkeitlichen Rechte nicht ganz auf gleicher Linie steht". Sonderbar, dass zur Entstehung dieses Rechtes der Prätor entweder gar nicht oder sehr wenig mitgewirkt hat.

Als sicher kann ferner angenommen werden, dass es nur jene Fälle der ersten Art waren, welche die Anwendung der *extraordinaria cognitio* ursprünglich veranlassten und zwar beim Vorhandensein einer *causa necessaria (l. 1, §. 1 in fine D. de insp. ventre 25, 4)*. Was das nun für Fälle waren und welche Grenze dem *ius extraordinarium* überhaupt ausgesteckt war, darüber lässt sich wohl streiten. Unserer Ansicht nach beziehen sich auf solche Fälle unzweifelhaft: *l. 3 pr. D. de min. (4, 4)*, nach welcher die Kaiser den Minderjährigen *rerum suarum administrationem perraro extra ordinem indulserunt*; ferner *l. 12 pr. D. de relig. (11, 7)*, betreffend die Bewilligung eines *iter ad sepulchrum* des Nachbars *(non tamen hoc rescriptum ..... actionem civilem indulsit, sed extra ordinem interpelletur praeses et rel.)*; ferner *l. 18 D. de exerc. act. (14, 1)*, nach welcher die *praefecti* und *praesides provinciarum extra ordinem solent iuvare exercentem navem ex contractu magistri adversus eos. qui cum magistro contraxerunt*; ferner *l. 92 D. de cond. (35, 1)*, wo entgegen der von Marcian ausgesprochenen und auch von Papinian bestätigten Rechtsregel, *si liberos suos emancipare rogatus fuerit, non cogitur hoc facere* (*l. 114 D. de leg. I*) ausnahmsweise ein solches *cogere extra ordinem* zugelassen wurde; ferner *l. 1, §. 1 D. de var. et extr. cogn.* (*50, 13*), wo den Aerzten bei ihrem Anspruche auf einem Lohn *extra ordinem ius dici debet* u. dgl. m.

Neuestens hat Pernice (Volksrechtliches und amtsrechtliches Verfahren in der Kaiserzeit in den als Festgabe für Beseler herausgegebenen Abhandlungen) behauptet, dass es Verwaltungsangelegenheiten waren und die betreffenden Gerichte mehr als Verwaltungsgerichte fungirten. Möglich, nachdem die *extraordinaria cognitio* schliesslich nichts anderes war, „als das Verwaltungsstreitverfahren vor dem Beamten, übertragen auf den Civilprocess und demgemäss abgeändert“ (Pernice, S. 51), indessen glauben wir, dass, wenn es auch sicher ist, dass es Fälle gab, „wo der Präfect bequemer half, als der Prätor, und er deshalb von dem Rechtssuchenden bevorzugt war, gerade wie man heutzutage wohl die Polizei zum Beistande ruft, wo das Gericht angegangen werden könnte“ (Pernice, S. 61), in Privatrechtsangelegenheiten die *extraordinaria cognitio* ursprünglich nur dann angewendet wurde, wenn sich der Fall für das ordentliche Verfahren nicht eignete.

Gewöhnlich wird auch die in der Kaiserzeit eingetretene Möglichkeit der gerichtlichen Geltendmachung der Fideicommisse als schlagender Beweis für Anerkennung von Grundsätzen angeführt, die dem römischen Privatrecht fremd waren, wie hier speciell für Anerkennung der *mandata post mortem* (so auch Pernice, S. 63). Dieser Ansicht glaubt Referent entgegentreten zu können, aber nicht aus dem vom Verf. (S. 88) angeführten, sondern aus einem anderen Grunde. Ist es nämlich richtig, dass bei Errichtung des *testamentum per aes et libram* der *familiae emptor* die Worte sprach: *familia pecuniaque tua endo mandatela tua custodelaque mea* u. s. w. (vgl. Momm-

sen's *epistola* in der Krüger-Studemund'schen Ausgabe von Gaius), dann wäre schon im *ius civile* die Möglichkeit eines Auftrages an diesen *emptor* als formell ernannten Erben zur Ausführung dessen, was in den *tabulis cerisque scripta sunt*, grundsätzlich anerkannt gewesen (vgl. Sohm, Institutionen, §. 99).

Ungeachtet dessen bleibt noch immer eine ansehnliche Zahl von Fällen übrig, die *extra ordinem* verhandelt und geltend gemacht wurden und weder mit dem civilen noch mit dem prätorischen Recht etwas gemeinsames hatten. So sehr wir daher einzelnen Bemerkungen und Erläuterungen des Verf. beipflichten könnten, mit seinem, dem Begriff des *ius extraordinarium* ablehnenden Urtheile können wir uns nicht einverstanden erklären.

Wir wenden uns nun der zweiten Abhandlung zu. Ueber die Senatsgesetzgebung handelt Verf. im §. 7. Die Ansicht, wornach die Senatsbeschlüsse der Kaiserzeit auch Quelle des *ius extraordinarium* gewesen wären, weist er entschieden zurück und meint: „Der Senat konnte *ius civile* erzeugen und hat von dieser Befugniss in aller Regel auch Gebrauch gemacht, obgleich es ihm natürlich freistand, Recht von principiell minderer Geltung zu schaffen" (S. 100). Als Beispiel für das letztere wird das *St. Trebellianum* angeführt und der Universalfideicommissar unter Berufung auf Eisele und Lenel als *successor honorarius* aufgefasst. Den Zeitpunkt für Erlangung der Gesetzeskraft der Senatsbeschlüsse setzt Verf. auf den Beginn der Kaiserzeit.

Im §. 8 beginnt er über das Constitutionenrecht zu sprechen. Es wird da eine ganze Reihe von Quellenzeugnissen aus den Werken von Gaius und den späteren classischen Juristen vorgeführt, aus denen hervorgeht, dass dieselben das aus den kaiserlichen Constitutionen entstandene Recht den *leges* gleichstellten und als *ius civile* auffassten. Insbesondere gilt dies vom Erbrechte. Wen der Kaiser zum *heres* machen wollte, sei es *ex testamento*, sei es *ab intestato*, dem wurde die *hereditatis petitio* zum Schutze seines Rechtes gegeben (S. 128). Besonders gelungen ist dem Verf. der Nachweis der civilen Qualität des Erbrechtes der im formlosen Soldatentestament zur Erbfolge Berufenen.

Zweifellos konnte aber der *princeps* auch *ius honorarium* schaffen und zwar nach Ansicht des Verf. (S. 106) überall da, wo die Constitution bestimmt war, einen prätorischen Rechtssatz zu interpretiren, weiter zu bilden oder abzuändern. Das wäre freilich richtig, wenn es kein besonderes, materiell eigenartig gestaltetes *ius extraordinarium* gegeben hätte. Aber bei Annahme dieses letzteren wird man wohl diejenigen Rechtssätze, welche aus den auf Abänderung des *ius praetorium* abzielenden Constitutionen hervorgegangen sind, wenn nicht ausschliesslich, so doch meistens diesem *ius extraordinarium* beizuzählen bemüssigt sein.

Eine ähnliche Restriction muss auch bezüglich des aus den Constitutionen entstandenen *ius civile* gemacht werden. Der Verf. unterscheidet nämlich (S. 129) Fälle, in denen „ein neuer Thatbestand einem

schon vorhandenen Klagschema unterstellt", und Fälle, in denen „die Bildung einer neuen Formel nothwendig wird" und meint, dass auch „in Fällen der letzteren Art die gewährte Klage eine *actio civilis* sein konnte". Diese Meinung will er mit der Aeusserung Ulpian's in *l. 12 D. de relig.* (*11*, *7*) — *non tamen hoc rescriptum, quod impetrandi dat facultatem, etiam actionem inducit sed extra ordinem interpelletur praeses* . . . . begründen, obwohl diese Stelle das gerade Gegentheil davon beweist, „indem die Worte *non tamen hoc rescriptum* . . . *etiam actionem inducit* die Anwendung einer civilrechtlichen Klage geradezu ausschliessen und die weiteren Worte den Fall der *cognitio extra ordinem* zuweisen. Deshalb haben wir dieselbe Stelle oben bei Anführung einer ähnlichen von Brinz gemachten Unterscheidung denjenigen beigezählt, welche unstreitig einen Fall des *ius extraordinarium* betreffen.

Es entsteht aber die Frage, ob es recht war, den kaiserlichen Verordnungen Gesetzeskraft beizulegen und ob die Aussprüche der classischen Juristen auch auf alle früheren Verordnungen bezogen werden können? In dieser Hinsicht bespricht der Verf. die verschiedenen bisherigen Ansichten über die gesetzliche Kraft der Constitutionen, entwickelt dabei sehr gut die Constitutionenqualität der *mandata* (S. 137 fg.) und schliesst sich mit seinen Anschauungen fast vollständig Mommsen (Staatsrecht, II², S. 867—877, 1067—1876) an (S. 151). Darnach soll dem *princeps* „nicht Gesetzgebung, sondern Gesetzanwendung (authentische Interpretation)" zugestanden haben. Als Beweis dafür werden insbesondere Julian's Fragmente in *l. 10*, *11 D. de leg.* (*1*, *3*) angeführt. Ging der Kaiser darüber hinaus und traf neue legislatorische Verfügungen, so hatten diese nur den Charakter eines honorarischen Reichsrechtes, fielen daher von selbst hinweg mit dem Tode des Kaisers, beziehungsweise mit dem Ende seiner Regierung, ausser, dass sie der Nachfolger erneuerte (S. 151 fg. und S. 181). Während aber Mommsen die früher erwähnten Aussprüche der classischen Juristen über die Gesetzeskraft der kaiserlichen Constitutionen nur auf solche Verordnungen bezieht, welche die Gesetzanwendung zum Zwecke hatten, wirft der Verf. diesen Aussprüchen Unrichtigkeit und Ungenauigkeit vor (S. 175 fg.).

Aus den vom Verf. angeführten Quellenzeugnissen, ferner aus der dem Kaiser ertheilten speciellen Ermächtigung zur Erlassung von *leges datae* und aus der nachträglichen Bestätigung mancher Constitutionen durch Senatusconsulte lässt sich wohl mit Sicherheit der Schluss ziehen, dass die Verordnungen aus der ersten Kaiserzeit der *lex* gegenüber eine geringere Autorität hatten. Auch können wir zugeben, dass sie blos Ausflüsse des magistratischen Verfügungsrechtes des *princeps* waren und sofern sie nicht interpretirten, sondern neue Rechtsregeln enthielten, grundsätzlich die Regierungszeit des Kaisers nicht überdauern sollten, ausgenommen, sie wären von dessen Nachfolger bestätigt worden. Der aus den Worten *iam sublato edicto divi Augusit in l. 26 D. de lib. et post. 28, 2* gezogene Einwand Barons (Krit.

Vierteljschr. von Brinz, XXVII. Bl., S. 249) lässt sich leicht beseitigen, da die bezügliche Verordnung ebenso von Augustus selbst, wie von jedem seiner Nachfolger, der sie bestätigte, aufgehoben werden konnte. Andererseits kann aber mit gleicher Sicherheit behauptet werden, dass dieser Zustand nicht lange dauerte und bei der factischen Allmacht des Kaisers und der immer mehr sinkenden Macht des Senats man sich sehr bald daran gewöhnte, den kaiserlichen Constitutionen überhaupt, ohne Rücksicht auf ihren Inhalt, Gesetzeskraft zuzuschreiben. Diese Anschauung mag vielleicht schon in der bekannten *lex de imperio Vespasiani*, namentlich in den Worten *utique quaecunque ex usu rei publicae maiestate divinarum humanarum publicarum privatarumque rerum esse censebit, ei agere facere ius potestas sit ita, uti divo Augusto et rel.* ihren Ausdruck gefunden haben. Diese Worte kennen, wie es der Verf. selbst zugibt (S. 165), „keinerlei Beschränkung des Verordnungsrechtes". Zugegeben aber, sie hätten ursprünglich die ihnen vom Verf. beigelegte Bedeutung einer blossen Befugniss zum *ius edicendi* gehabt, so wurden sie später gewiss anders ausgelegt und ein Unterschied zwischen kaiserlichen Verordnungen mit Gesetzeskraft und ohne dieselbe nicht mehr gemacht. Diesen Standpunkt nahmen auch die Juristen aus den Zeiten Hadrians und der Severe ein und stützten daher ihre Aussprüche auf die obige *lex de imperio.* Uebrigens, was liess sich nicht Alles dem *certius statuendum* Julians *in l. 11 D. de leg.* (*1*, *3*) unterstellen?

Muss auch der Verf. selbst zugeben, dass „das Betreben der *principes* offenbar darauf gerichtet war, das von ihnen gesetzte Recht der *lex* gleichzustellen" (S. 190) und dass die Constitutionen, wenn auch grundsätzlich auf die Regierungszeit des sie erlassenden Kaisers beschränkt, „thatsächlich in aller Regel ohne alle zeitliche Beschränkung, also genau so wie *ius civile* galten". Darin will er auch den Grund erblicken, „weshalb die Kaisererlässe von den Juristen zu den Quellen des Civilrechts gestellt wurden" und sagt endlich: „Wie mir scheint, haben die Classiker bei Aufstellung ihrer Theorie mehr die Wirklichkeit, die stetig geübte Praxis zu Rathe gezogen, als die doch nicht buchstäblich zur Anwendung gebrachten Grundsätze des Staatsrechtes" (S. 189). Diesen Satz können wir unbedingt unterschreiben, aber aus demselben Grunde den Classikern keinen Vorwurf der Unrichtigkeit machen.

Krakau, im März 1886. **Dr. Zoll.**

Verlag von Alfred Hölder, k. k. Hof- und Universitäts-Buchhändler.

Druck von Gottlieb Gistel & Comp., Wien, I., Augustinerstrasse 12.